

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00184 vom 16. Juni 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-06-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00184

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00184 du 16 juin 2022

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00184 del 16 giugno 2022

Regeste

Widerruf, Nichterteilung Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA | [Die Beschwerdeführenden sind oder waren alle bei der A GmbH angestellt, welche ihr Domizil seit Juli 2020 in Zürich hat. Mit den strittigen Ausgangsverfügungen verweigerte ihnen der Beschwerdegegner die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA bzw. widerrief bereits erteilte Bewilligungen, weil es sich bei der A GmbH um eine reine "Briefkastenfirma" handle.] Auf die Beschwerde der Beschwerdeführenden 1, 2, 4 und 5 ist nicht einzutreten, nachdem sie die Schweiz inzwischen verlassen haben und/oder über keinen aktuellen Arbeitsvertrag mit der A GmbH mehr verfügen (E. 1). Die Erteilung einer Bewilligung gestützt auf Art. 6 Abs. 1 oder Abs. 2 Anhang I FZA setzt unter anderem voraus, dass die betroffene Ausländerin bzw. der betroffene Ausländer bei einer Arbeitgeberin bzw. einem Arbeitgeber des Aufnahmestaats angestellt ist. Macht das SEM – und mit ihm die Vorinstanzen – die Bejahung dieses Kriteriums nicht nur vom Vorliegen eines Arbeitsvertrags mit einer Schweizer Arbeitgeberin bzw. einem Schweizer Arbeitgeber abhängig, sondern verlangt es darüber hinaus, dass diese bzw. dieser tatsächlich eine effektive und dauerhafte Tätigkeit in der Schweiz ausübt, ist dies nicht zu beanstanden (E. 4.3). Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass es sich bei der A GmbH um eine bloss Scheinfirma handelt, welche (einzig) mit dem Zweck gegründet wurde, die restriktiveren Vorschriften des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Dienstleistungserbringung zu umgehen. Dem Beschwerdeführer 3 kam somit bereits von Anfang an kein freizügigkeitsrechtlicher Aufenthaltsanspruch als Arbeitnehmer in der Schweiz zu. Da es sich bei ihm sodann um einen Staatsangehörigen Grossbritanniens handelt, kann er aus dem Freizügigkeitsabkommen auch keinen anderen bzw. neuen Aufenthaltsanspruch ableiten. Der Widerruf seiner Aufenthaltsbewilligung erweist sich als zulässig (zum Ganzen E. 4.4 ff.). Abweisung.

Erwägungen

E. 4

E ,

E. 4.1

Die Vorinstanz hält unter Hinweis auf die vorzitierten Weisungen VFP des SEM dafür, dass die A GmbH zwar als Gesellschaft nach schweizerischem Recht bestehe, jedoch nicht über die nötigen Eigenschaften verfüge, um als Arbeitgeberin im Sinn von Art. 6 Abs. 1 oder Abs. 2 Anhang I FZA eingestuft zu werden. Der Beschwerdeführer 3 könnte daher, da er mehr als 90 Tage in der Schweiz erwerbstätig sein will, aus dem Freizügigkeitsabkommen keinen Aufenthaltsanspruch ableiten. Dem hält der Beschwerdeführer 3 entgegen, dass

Art. 6 Abs. 1 bzw. Abs. 2 Anhang I FZA keinerlei "Voraussetzungen" enthalte, die eine Arbeitgeberin bzw. ein Arbeitgeber zu erfüllen hätte. Das SEM sei sodann nicht befugt, zusätzliche im Freizügigkeitsabkommen nicht vorgesehene Ausschlussgründe zu definieren. Die einzige Möglichkeit der Einschränkung der aufgrund des Abkommens eingeräumten Rechte ergebe sich aus Art. 5 Anhang I FZA (Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit), welche Bestimmung vorliegend unstreitig nicht zur Anwendung gelange.

E. 4.2

Bei (Kurz-)Aufenthaltsbewilligungen EU/EFTA handelt es sich, wie bereits ausgeführt, nicht um eigentliche Bewilligungen, sondern um Bescheinigungen ohne konstitutive Wirkung, welche nach Art. 23 Abs. 1 VFP widerrufen werden können, wenn die Voraussetzungen für ihre Erteilung nicht erfüllt sind. Dies gilt unabhängig davon, ob die Voraussetzungen schon bei der Erteilung nicht vorlagen oder erst nachträglich wegfielen (vgl. zum Ganzen VGr St. Gallen, 23. Juni 2018, B 2017/142, E. 4; ferner BGr, 14. Januar 2021, 2C_1007/2020, E. 2.1). Dabei kommt es auf Art. 5 Anhang I FZA nicht an: Die dort vorgesehenen Eingriffsvoraussetzungen sind bloss zu prüfen, wenn das Freizügigkeitsabkommen tatsächlich zur Anwendung gelangt, das heisst, die betroffene ausländische Person (unverändert) ein Anwesenheitsrecht daraus ableiten kann (BGr, 2. November 2015, 2C_243/2015, E. 3.1 mit Hinweisen; siehe ferner BGr, 28. Juni 2021, 2C_563/2020, E. 2.3). Vermag sich der Beschwerdeführer 3 daher gar nicht erst auf Art. 6 Anhang I FZA zu berufen, weil eine anspruchsinhärente Voraussetzung nie gegeben war oder entfallen ist, kann seine Anwesenheit in der Schweiz unmittelbar gestützt auf Art. 23 VFP beendet werden, ohne dass die einschränkenden Voraussetzungen von Art. 5 Anhang I FZA erfüllt sein müssten.

E. 4.3

Wie der Beschwerdeführer 3 zu Recht bemerkt, setzt die Erteilung einer Bewilligung gestützt auf Art. 6 Abs. 1 oder Abs. 2 Anhang I FZA zunächst voraus, dass die ausländische Person als Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer zu qualifizieren ist (vgl. BGE 141 II 1 E. 2.2.3, 140 II 460 E. 4.1.1, 131 II 339 E. 3 f.). Dem klaren Wortlaut der Bestimmung nach wird aber auch verlangt, dass die betroffene Ausländerin bzw. der betroffene Ausländer bei einer Arbeitgeberin bzw. einem Arbeitgeber des Aufnahmestaats angestellt ist. Macht das SEM – und mit ihm die Vorinstanzen – die Bejahung dieses (letztgenannten) Kriteriums nicht nur vom Vorliegen eines Arbeitsvertrags mit einer Schweizer Arbeitgeberin bzw. einem Schweizer Arbeitgeber abhängig, sondern verlangt es darüber hinaus, dass diese bzw. dieser tatsächlich eine effektive und dauerhafte Tätigkeit in der Schweiz ausübt, ist dies nicht zu beanstanden (vgl. zur Massgeblichkeit der konkreten Weisung des SEM BGr, 10. August 2021, 2C_264/2020, E. 4.3.1 mit Hinweisen insbesondere auf BGE 146 I 83 E. 4.5). Wie das Bundesgericht etwa jüngst in einem Entscheid mit ähnlicher Ausgangslage betreffend die Erteilung einer Grenzgängerbewilligung EU/EFTA erwogen hat, sind auch im Zusammenhang mit der Anwendung des Freizügigkeitsabkommens stets Fälle von Rechtsmissbrauch vorbehalten, bei deren Vorliegen eine Bewilligung verweigert, nicht verlängert oder (gestützt auf Art. 23 VFP) widerrufen werden kann. Dies ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dann der Fall, wenn sich aus einer Gesamtwürdigung der Umstände ergibt, dass das mit der Erteilung einer bestimmten Bewilligung verfolgte Ziel trotz formaler Einhaltung der im Freizügigkeitsabkommen festgelegten Voraussetzungen nicht erreicht wird (zum Ganzen BGr, 10. August 2021, 2C_264/2020,

E. 4.3.2 mit Hinweisen, auch zum Folgenden; ferner BGE 139 II 393 E. 2.1, 130 II 113 E. 9; BGr, 27. Juli 2021, 2C_574/2020, E. 5.2 mit Hinweisen, und 29. Oktober 2018, 2C_688/2017, E. 4.4). Mit den Vorinstanzen ist hier also zu fragen, ob die A GmbH tatsächlich operativ tätig ist oder ob es sich bei ihr um eine bloss Scheinfirma handelt, welche (einzig) mit dem Zweck gegründet wurde, die restriktiveren Vorschriften des Freizügigkeitsabkommens im Bereich der Dienstleistungserbringung zu umgehen. Im ersten Fall besteht ein Aufenthaltsanspruch des Beschwerdeführers 3, und könnte dieser Anspruch nur unter den qualifizierten Voraussetzungen von Art. 5 Anhang I FZA widerrufen werden. Im zweiten Fall hingegen kam ihm bereits von Anfang an kein freizügigkeitsrechtlicher Aufenthaltsanspruch als Arbeitnehmer in der Schweiz zu und ist der Widerruf der ihm erteilten Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA somit zulässig, da er als Staatsangehöriger Grossbritanniens seit dem 1. Januar 2021 aus dem Freizügigkeitsabkommen keinen neuen Aufenthaltsanspruch mehr ableiten kann.

E. 4.4.1

Bei der A GmbH handelt es sich laut den Beschwerdeführenden um eine Tochtergesellschaft der I Ltd. mit Sitz in J, Irland, welche spezialisierte Dienstleistungen im Bereich des Innenausbaus pharmazeutischer Labore sowie von Rechenzentren in ganz Europa erbringt. Im Handelsregister des Kantons Zürich, wo die A GmbH seit Juli 2020 mit Sitz in Zürich an der H-Strasse 01 eingetragen ist, scheint die I Ltd. denn auch als ihre einzige Gesellschafterin auf. Anfang Februar 2021 führte die Kantonspolizei Zürich am Domizil der A GmbH einen "Augenschein" durch. Dieser ergab keinerlei Hinweise auf eine operative Tätigkeit des Unternehmens an der Domiziladresse H-Strasse 01. So sei keiner der vor der betreffenden Geschäftsliegenschaft angebrachten Briefkästen mit dem Namen der Firma beschriftet und seien keine Türen bzw. Büros der Firma im Gebäude auffindbar gewesen. Mit dem Ergebnis des Augenscheins konfrontiert, führte der Vertreter der A GmbH am 16. April 2021 gegenüber dem Beschwerdegegner aus, dass die A GmbH, welche im April 2021 bereits rund 60 Mitarbeitende auf zwei Baustellen in der Schweiz beschäftigte, von K und U (den Gründern der I Ltd.) geführt werde. Die Genannten kümmerten sich um die strategischen Fragen. Die administrative Leitung (Buchhaltung, Löhne, Bewilligungen usw.) werde von Rechtsanwalt L von der Anwaltskanzlei M "koordiniert". Die Leitung auf den Baustellen obliege D und S; die Gesamtverantwortung trage V (von der I Ltd.). Anlässlich der Sitzverlegung in den Kanton Zürich habe die Gesellschaft ein Büro an der H-Strasse 01 angemietet. Die Anwaltskanzlei M verfüge an der Adresse über diverse leere Büroräume, die sie an Startup-Unternehmen untervermiete. Weil es dort jedoch nicht für alle Mieterinnen und Mieter Briefkästen habe, habe die A GmbH den Briefkasten der – ebenfalls im Gebäude untergebrachten – Kanzlei M sowie deren Postfach mitbenutzt. Es treffe insofern zu, dass der Briefkasten der A GmbH anlässlich des polizeilichen Augenscheins nicht angeschrieben gewesen sei. Mittlerweile finde sich auf dem Briefkasten der Anwaltskanzlei M aber ein Hinweis auf die A GmbH. Zudem sei diese (schon seit dem Frühjahr 2019) auf der "Bürotafel" im Eingangsbereich der Liegenschaft als Mieterin aufgeführt, was die Polizei anlässlich ihres Augenscheins hätte erkennen können. Zum Beweis dieser Aussage reichte die A GmbH nicht nur eine Fotografie der betreffenden – wie sich später herausstellte im April 2021 nicht vorhandenen bzw. angeblich nur vorübergehend abmontiert gewesen – Tafel ein, sondern auch eine an die M Rechtsanwälte und Steuerberater adressierte, vom Februar 2019 datierende Rechnung für die Beschriftung einer Acrylglasscheibe mit vier (zusätzlichen) Unternehmen, darunter der A GmbH. Ebenfalls eingereicht wurde unter anderem eine Fotografie von einem

Bürozimmer, an dessen Tür (behelfsmässig) ein A4-Blatt mit dem Namen A GmbH angebracht ist, der Untermietvertrag mit M Rechtsanwälte und Steuerberater, der Kaufvertrag über ein Mitte April 2021 erworbenes Fahrzeug sowie die Arbeitsverträge mit D und S.

E. 4.4.2

Ungeachtet der nachgereichten Beweise und in Kenntnis der Anmeldung der A GmbH sowohl bei der SVA Zürich als auch dem kantonalen Steueramt hielt der Beschwerdegegner jener mit Schreiben vom 15. Juni 2021 vor, keiner "tatsächlichen Tätigkeit" in der Schweiz nachzugehen. Er wies in diesem Zusammenhang insbesondere darauf hin, dass die Gesellschaft eigenen Angaben zufolge die auszuführenden (Sub-)Aufträge nicht selbst projektiert, sondern diese Arbeit vielmehr von der I Ltd. im Ausland erbracht werde. Gleiches gelte für die Akquisition, den Materialkauf, die Planung der Arbeitseinsätze und die Rechnungsstellung. Im lokalen Büro in Zürich sei einzig L tätig, dies mit in einem Arbeitspensum von bloss 10 %. Laut seinem Vertrag mit der A GmbH vom 1. März 2017 sei er gegen eine jährliche Vergütung im Mandatsverhältnis bei dieser "angestellt". Dem betreffenden Vertrag zufolge wirke er als Vertreter der Gesellschaft ohne besondere Funktion und nehme keine strategischen, kontrollierenden oder operativen Aufgaben bzw. Funktionen wahr. Er handle lediglich auf ausdrückliche Anweisung und Instruktion der Geschäftsführer im Ausland. Die A GmbH verfüge somit nicht über eine Führungskraft oder ein Führungsteam in der Schweiz. Die Führungsaufgaben würden vielmehr von der Muttergesellschaft wahrgenommen. Ein Grossteil der Angestellten der A GmbH sei sodann befristet angestellt und die Gesellschaft verfüge weder über ein fixes Materiallager noch Maschinen mit einem Wert von je über Fr. 2'000.-. Hierauf nahm die A GmbH Anfang August 2021 N, einen Staatsangehörigen Irlands, als "General Manager (CEO)" unter Vertrag, welcher mit Zuzugsdatum 2. August 2021 an der Adresse O-Strasse 02 in P gemeldet und seit Ende Juli 2021 als Vorsitzender der Geschäftsführung der A GmbH – bestehend aus U und K – im Handelsregister eingetragen ist. Die Gesellschaft reichte dem Beschwerdegegner zudem am 13. August 2021 einen von ihr am 9. bzw. 12. August 2021 abgeschlossenen Vertrag über die Übertragung von drei Mietverträgen betreffend eine Lagerhalle inklusive Büroraum, drei Aussenparkplätzen sowie einer Aussenfläche von 500 m² an der Q-Strasse 03 in R ein und erklärte, die Objekte mindestens bis Ende 2024 zu mieten, um die auf ihren Baustellen vorübergehend nicht benötigten Maschinen und das Material zwischenzulagern.

E. 4.5

Obschon die A GmbH seit der Einleitung der diesem Verfahren zugrunde liegenden ausländerrechtlichen Verfahren einiges unternommen hat, um den Vorwurf einer blossen Scheinfirma zu entkräften, sprechen die Umstände hier immer noch für das Vorliegen einer solchen. So scheint auch N – wie D und S – primär für die Aufsicht auf den Baustellen und die Koordination der dort ausgeführten Arbeiten verantwortlich zu sein. Belege dafür, dass dem nicht so wäre, werden jedenfalls nicht eingereicht und solches geht auch nicht aus den Akten hervor. Vielmehr liegen nicht einmal Beweise für Weisungen N's an D und S vor. Die eigentliche Geschäftsleitung, die Projektleitung und Planung der Aufträge sowie sämtliche administrativen Arbeiten dürften daher unverändert von der I Ltd. vom Ausland aus erledigt werden. Nicht nur erscheint diese auf den eingereichten Rechnungen für Material wiederholt als Inhaberin der Projektleitung oder Kommittentin, sondern als Ansprechpersonen seitens der A GmbH werden – nebst L – auch ausschliesslich

Angestellte der I Ltd. mit ausländischen Telefonnummern bzw. E-Mail-Adressen genannt. Als Inhaber der hiesigen Telefonnummer der A GmbH im Telefonbuch registriert ist denn auch der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden; über eine eigene Website verfügt die Gesellschaft nicht. Ob bzw. von wem der von M Rechtsanwälte und Steuerberater vermietete Büroraum am Domizil der A GmbH nach der Beendigung des Auftragsverhältnisses mit L noch genutzt wird, ist ebenfalls nicht bekannt. Obwohl die A GmbH zuletzt über 50 Mitarbeitende beschäftigte, verfügt sie mithin weder über ein eigenes Sekretariat noch über einen entsprechenden Verwaltungsdienst. Sie besitzt auch kaum eigene Maschinen und Werkzeuge zur Erfüllung ihrer Aufgaben. Die Einreichung eines während des Verfahrens abgeschlossenen Mietvertrags über gewerbliche Räumlichkeiten zur Unterbringung von Material und Maschinen, Bilder einiger weniger Maschinen, die sich nicht zuordnen lassen, sowie solche eines (angeblichen) Materiallagers an einem unbekanntem Ort, vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern.

E. 4.6

Es fehlt demnach an einer tatsächlichen und effektiven Tätigkeit der A GmbH in der Schweiz, die sich von derjenigen der I Ltd. unterscheidet, womit der Beschwerdeführer 3 faktisch für diese arbeitet. Damit war von Anfang an eine wesentliche Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA gestützt auf Art. 6 Abs. 1 bzw. Abs. 2 Anhang I FZA nicht gegeben. Die Bewilligung des Beschwerdeführers 3 kann deshalb grundsätzlich gestützt auf Art. 23 VFP widerrufen werden.

E. 5

Der Beschwerdeführer 3 macht schliesslich auch nicht geltend, dass ihm der Beschwerdegegner im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens eine Aufenthaltsbewilligung hätte erteilen müssen bzw. der Bewilligungswiderruf unverhältnismässig wäre. Hiervon ist auch nicht auszugehen, war der Aufenthalt der Beschwerdeführenden in der Schweiz doch nie auf Dauer angelegt; vielmehr führte ihr Rechtsvertreter noch im April 2021 aus, es könne sein, dass sie nach Abschluss der Projekte in T und R in einem anderen Land innerhalb der EU eingesetzt würden. Ihre Löhne wurden auf Konten im Ausland überwiesen und lediglich temporäre Gemeinschaftsunterkünfte für sie organisiert.

E. 6

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 7

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden unter solidarischer Haftung füreinander aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 1 Satz 2 sowie § 14 VRG; Kaspar Plüss, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014, § 14 N. 6, 11 und 16). Eine Parteientschädigung ist ihnen nicht zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 8

Zur Rechtsmittelbelehrung des nachstehenden Dispositivs ist Folgendes zu erläutern: Soweit ein Anwesenheitsanspruch der Beschwerdeführenden geltend gemacht wird, ist Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) zu erheben; ansonsten steht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 lit. c Ziff. 2

BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.